

《論 說》

いわゆる早すぎた構成要件の実現について

石 井 徹 哉

第一節 はじめに

第二節 ベランダ墜死事件とその問題点

第一款 事案の概要と判決要旨

第二款 判例における実行行為概念

第三款 早すぎた構成要件の実現における故意

第三節 ドイツにおける判例

第一款 従来判例

第二款 ラゲッジュールム事件

第三款 判例理論からみた早すぎた構成要件の実現における問題点

第四節 早すぎた構成要件の実現に関する若干の考察

第一款 早すぎた構成要件の実現の判断構造

第二款 因果関係の錯誤不要論からの解決

第三款 主観的帰属による解決

第五節 結びにかえて

第一節 はじめに

早すぎた構成要件の実現とは、行為者の認識によれば、自己の行為がまだ既遂結果の発生に十分な段階に達していないが、客観的には、既遂にいたる十分な危険性を実現していたために、結果が発生してしまった場合をいう。たとえば、「妻が毒入りの牛乳を準備し、夫が帰宅したら飲ませて殺すつもりでこれを冷蔵庫にしまって買い物のために外出したところ、会社を早退して帰宅した夫が冷蔵庫からそれを出して飲んで死亡したような場合」⁽¹⁾（以下、「毒入り牛乳事例」とする）に、妻に殺人既遂を認めることが可能となるかが問題となる。おそらく通説的な見解によれば、行為者の行為に実行行為性を認めることができる場合、因果関係の錯誤の問題として処理をすることになり、そうでない場合は、予備にとどまり、発生した結果についてはせいぜい過失犯の成否が問われるにすぎないとする。ドイツにおける判例・通説もほぼ同様であり、因果関係の錯誤の問題として処理をし、既遂にいたる因果性の逸脱が重要でないとして、既遂犯の成立を認めるのである。⁽²⁾

特徴的なのは、因果関係の錯誤の問題とすることから、故意の有無を問題の中心として扱っていることである。しかしながら、因果関係論、未遂論など客観的構成要件要素について、わが国の学説・判例の状況とドイツにおける状況が異なる現状において、問題を単純に故意論・錯誤論の領域にとどめておいてよいかは検討を要するといえる。近時、わが国とドイツとで出されたこの問題にかかわる判例は、類似の事案であるにもかかわらず、故意既遂の成否に⁽³⁾関して異なる帰結に達している。そこで、以下では、これらの判例を比較し、分析することによって、早すぎた構成要件の実現の問題について検討する。

第二節 ベランダ墜死事件とその問題点

第一款 事案の概要と判決要旨

1 この事件は、行為者が殺人の実行行為をおこなった後、一般的には殺害行為とはいいがたい行為によって死亡の結果が発生したものである。すでに別の殺害方法を試みており、それについてすくなくとも殺人未遂が成立する点で、早すぎた構成要件の実現の純然たる問題ではないとの評価もありうる。

2 事実の概要は次のとおりである。

被告人Xは、妻A子との婚姻関係に亀裂が生じていたところ、同女から暗に交際する男性がいるがごとき発言をされたり、ヒモ呼ばわりされたり、あるいは家賃も負担していないのではやく出ていけなどと罵られて激昂するとともに、A子との関係修復が困難であると悟り、同女を他の男性にとられたり、最愛の娘を手放すくらいならいっそのこと同女を殺害してみずからも死のうと決意し、台所から包丁をもちだし、同女を居間のじゅうたんの上に仰向けに押し倒して馬乗りになった上、殺意をもって包丁で同女の左胸部等を数回突き刺した。その出血状況や同女の様子等から、もうこれで死ぬだろうと思って娘が返り血を浴びて泣いているのに氣をとられている際に、A子が玄関に向かつて走り出したので、逃がすつもりはなかったことから、包丁をもったままそのあとを追い、逃げようとする同女を居間に引き戻した。同女が血だらけでぐったりしており、放っておいても出血多量でまもなく死ぬだろうと思ったので、傷の手当てをすることなく浮気の有無等について詰問し、同女がともかくこれを認め被告人に謝罪した。そこで、このまま暫くすると死ぬだろうと思ひ、とりあえず被告人が包丁を台所に置きにいくと、同女がベランダに逃げ出したので、これを追いかけて、部屋の中に連れ戻してガス中毒により自分たちと一緒に死なせるといふ気持ちから、ベラン

ダの手すり伝いに隣家のベランダ内に逃げ込もうとした同女に掴みかかり、その際、被告人から逃げようとした同女がバランスを崩して約二四・一メートル下の地面に落下した。A子は背部ならびに胸部打撲による外傷性ショックにより死亡した。

第一審判決は、⁽⁵⁾ 確定的殺意をもって被害者の胸部等を包丁で突き刺し、その後、被害者が転落するまでの間、その確定的殺意が終始継続していたこと、および、被害者は手足に血液を付着させたままベランダの手すりの上に不安定な姿勢で立っていたのであるから、このような被害者に対して掴みかければ、被害者がこれから逃れようとし、その際にバランスを崩すなどして落下するであろうことは誰が考えても想像できることで、そうなれば被害者が死亡するであろうこともまた当然予想できることであるから、被告人の行為と被害者の死亡との間に因果関係が存することなどを指摘して、被告人に殺人既遂罪の成立を認めた。

これに対して、被告人側は、被告人に殺意はなく傷害罪が成立するにすぎず、また、被告人の加害行為後の被害者の転落事故により致死の結果を生じたもので、被告人には責任がない旨を主張し控訴し、これに対して、東京高裁は次のように判示して、原審の判断を維持した。

「被告人の犯意の内容は、刺突行為時には刺し殺そうというものであり、刺突行為後においては、自己の支配下に置いて出血死を待つ、更にはガス中毒死させるといふものであり、その殺害方法は事態の進展に伴い変容しているものの、殺意としては同一といえ、刺突行為から被害者を掴まえようとする行為の時まで殺意は継続していたものと解するのが相当である。

次に、ベランダの手すりの上にいる被害者を掴まえようとする行為は、一般には暴行にとどまり、殺害行為とはいえないが、本件においては、被告人としては、被害者を掴まえ、被告人方に連れ戻しガス中毒死させる意図であり、

被害者としても、被告人に掴まえられれば死に至るのは必至と考え、転落の危険も省みず、手で振り払うなどして被告人から逃れようとしたものである。また、刺突行為から被害者を掴まえようとする行為は、一連の行為であり、被告人には具体的な内容は異なるものの殺意が継続していたのである上、被害者を掴まえる行為は、ガス中毒死させるには必要不可欠な行為であり、殺害行為の一部と解するのが相当であり、本件包丁を戻した時点で殺害行為が終了したものと解するのは相当でない。」

3 本件では、明らかに殺人罪の実行行為といえる刺突行為が存在し、その後の事態の展開と刺突行為との関係が問題とされる。⁽⁶⁾この点、行為論レベルの問題として、あくまで刺突行為と掴まえようとする行為の区分を重視すべきとの考えもある。たとえば、自然的観察により、⁽⁷⁾あるいは、社会的有意性により、⁽⁸⁾両者の行為は異なるもので、区別して評価すべきであるとするのである。しかしながら、このような行為論的な議論は、問題の所在を正しくとらえていないばかりか、かえって議論を混乱させるものであり、妥当ではない。

行為が一つであるかあるいは二つであるかは、なんらかの形で行為に意味づけをおこなうことを前提にする。行為の数はなんらかの文脈を背景として意味づけをおこなわないと明らかにはならない。本件を例にとれば、被害者を包丁で刺突するという行為は、そこに殺人ないしは犯罪性を見るという文脈があるからそのようにいえるのであり、例えば自然的観察をしても、より「自然的」に身体の動静に着目すれば、腕を上下する行為であり、上腕の筋肉を中心とした上半身の筋肉の収縮と伸長であり、神経による電気信号の伝達であるともいえる。なんらかの文脈による意味づけの問題をせず、自然的観察がたんなる自然的因果法則の意味であるならば、そのような因果法則は基本的に等価値であり、そこから上記のように二つの行為だけを取りだすのは恣意でしかない。社会的行為論における社会的意味も同様の問題がある。社会的意味をたんなる日常言語的な意味に求めるとしても、やはりそこで刺突行為と掴

まえようとする行為だけを取り出すのであれば、それはまさに犯罪という文脈においてその意味づけをおこなっているからにほかならない。⁽⁹⁾ ヤーコプスが「行為概念は、社会の前にではなく、社会のなかに求められる。⁽¹⁰⁾」とするとき、行為をたんに社会的有意性によって規定されるとしているのではなく、行為は帰属と同義であり、意味論的次元において刑罰との対応関係において理解されるべきことをいっているのである。⁽¹¹⁾

本件において、刺突行為や掴まえようとする行為のほかにも、その間に被害者の出血を放置する行為や包丁を台所におきにいく行為、玄関へ逃げた被害者を連れ戻す行為などもおこなっている。それでも、本件の検討に際して、刺突行為と掴まえようとする行為だけをとりだしたのは、この二つの行為だけが刑法的評価の観点から重要であるからであり、そのような選別が刑法的評価ないしは刑罰を科されるべき行為としての犯罪という文脈をぬきにしては不可能なことである。いずれにせよ、行為論のみの次元での区別は、結局掴まえようとする行為を殺人の実行行為ではないとするための結論の先取でしかない。

第二款 判例における実行行為概念

1 問題は、行為者が被害者を掴まえようとする行為および（一審判決によると）これと因果関係のある被害者の墜落死を殺人罪として評価できるのかどうかということにある。東京高裁は、刺突行為から被害者を掴まえようとする行為の時まで殺意は継続していたこと、被害者を掴まえる行為は、ガス中毒死させるには必要不可欠な行為であることなどから、掴まえる行為についても殺人の実行行為性を肯定している。

従来の判例も、段階的な行為の積み重ねにより結果の実現にいたる犯行形態の事案では、直接結果を惹起する行為ではなく、それ以前の段階に実行行為を認める傾向にあるといえる。たとえば、ベランダ墜死事件と同様の殺人罪に

関しては、被害者に睡眠薬を飲用させたうえに頭部を殴打して気絶させ、さらに同人を自動車で山間部に運び、運転席に座らせて衝突死または墜落死させるという計画のもとに、被害者に睡眠薬を飲用させて顔面を殴打したが、殺害するにいたらなかったという事案で、殺人行為そのものに向けられたということ限定された一連の計画中の一つの行為の結果によって次の行為を容易ならしめ、その行為の結果によってさらに次の行為を容易ならしめ、最終的に現実の殺人行為それ自体を容易ならしめるという因果的連関をもつ犯罪行為の場合においては、これら一連の行為を広く統一的に観察し、最終的な現実の殺人行為そのもの以前の段階においておこなわれる行為についても、それらの行為によってその行為者の期待する結果の発生が客観的に可能である形態、内容を備えているかぎり、その行為の結果はのちに発生するであろう殺人という結果そのものに密接不可分に結びついており、殺人の結果発生について客観的危険のある行為といえるとして、殺人の実行の着手を肯定している⁽¹²⁾。また、強姦罪に関して、自動車により女性を河原へ連れ去ってそこで強姦しようとする意図のもとに、被害者に暴行脅迫を加え無理やり自動車に引きずり込み、女性を河原へ連れ去ってそこで強姦行為をしたという事案で、自動車に押し込める段階で強姦罪の実行の着手を認めたのである⁽¹³⁾。

さらに、結果を直接惹起する行為よりも以前の段階において、結果発生⁽¹⁴⁾の客観的危険が認められるとき、実行の着手を肯定するのが、判例の一般的傾向であるといってもよい。ほかにも窃盗罪に関して、住居侵入窃盗の事案では、侵入後の物色行為の開始により窃盗未遂の成立が肯定され、さらには、物色を開始しなくとも物色のためにタンスに近づく行為の段階で未遂とされている⁽¹⁵⁾。結果発生⁽¹⁴⁾の危険を未遂の処罰根拠と考えることで、このような判断に合理性を認めうるが、客観的な危険を故意へ帰属しうるかは、また別に検討する必要がある。ただし、このような住居侵入事案では、侵入行為から物色行為へ移行が速やかであることが、殺人の事案との相違点として留意されるべきであ

る。

2 学説にあつても、結果発生の客観的な危険を理由に判例の結論を支持する見解はおおい。ベランダ墜死事件に關しても、ガス中毒死させようとして摺まえようとする行為は、重傷を負ったAのマンション内でのガス中毒死という結果発生との関連でみると、時間的・場所的に高度の蓋然性を有するという理由から、摺まえようとする行為について殺人罪の実行行為性を肯定するのである。⁽¹⁶⁾ しかしながら、このような段階で、法益侵害の高度の蓋然性があるとして、殺人罪の実行行為を認めてよいのかは疑問がある。本件事案で、仮に、被告人Xが被害者Aを取り押さえ、居間へ再び連れ戻したとしても、ただちにガスが充満してAが死亡するわけではない。今度は、被害者を拘束して逃げないようにしたりすることもあり、そうしなくとも、目張りをするなど密室状態を作出したり、ガス栓をひねったりするなどの行為がなお必要であり、ガスを充満させる行為との間の時間的接着性があまりないのではなからうか。また、XがAを摺まえ、ベランダ内で確保した段階で警官に取り押さえられた場合、摺まえる行為について実行行為性を認める立場からすると、刺突行為から摺まえた行為までを一体として殺人の実行行為であるとして殺人未遂に問うべきことになるが、実務の現状においてそこまでのことをするのはなほだ疑問である。

3 さらに、本件とは異なり、刺突行為が存在しない場合でも、部屋につれ戻してガス中毒死させる意図でベランダの手すり上にいる被害者を摺まえようとしたが、無事に被害者が隣の部屋へ逃げることできた場合にも、殺人未遂とされるのであろうか。もしこれを否定するのであれば、本件において摺まえる行為を殺害行為としたのは、被害者の死が発生したことによることになる。前記の強姦罪に關する判例も、強姦結果が生じており、既遂結果との関連において実行の着手時期を確定したと考えることが可能である。しかしこれは、結果との事後的な因果的連関による行為の危険性と未遂処罰にふさわしい危険の惹起とを混同するものであり、両者はかならずしも一致しない。⁽¹⁷⁾

他方で、包丁をもって刺殺しようとして、被害者のいるアパートへ包丁をもっていき、玄関に應對にでた被害者が包丁をみて逃げたという事案で、それだけでは殺人罪の実行の着手がないとする判例⁽¹⁸⁾（包丁事件）も存在している。この場合、やはり包丁をかざすなどの行為をしないと実行の着手がないとの判断があったのではないかと推察される。この事案と対比するなら、ガス中毒死の場合にも、部屋を密室にしてガスを充満させようという行為の直前に実行の着手を認めるべきであろう。危険概念が程度概念であり、規範的評価が介在する以上、段階的行為をへて既遂結果発生にいたる場合に、危険の存在だけでは、直接の殺害行為より以前の段階の行為へ実行の着手を前置する根拠として十分とはいえない。もし実行の着手時期をそのような場合に前倒しすることが認められるとすれば、段階的行為における前段階の行為から直接結果を惹起する行為への移行がほぼ自動的になされる場合だけである。

第三款 早すぎた構成要件の実現における故意

1 本件において、被告人は、ガス中毒死させる意図で被害者を掴まえようとしたのに、逃げようとした被害者がそれにより転落死している。行為者の計画で直接の殺害行為よりも前段階の掴まえる行為によって結果が発生しており、その点で、早すぎた構成要件の実現の問題が生じる。

本判決はこの点について具体的に述べてはいないが、被害者を刺突する行為から掴まえようとする行為までが一連の行為として把握できること、ベランダの上にいる被害者を掴まえようとする行為はそれ自体殺害行為ではないものの、殺害方法の変化はあるものの刺突行為から掴まえようとする行為まで殺意が継続していること、掴まえようとする行為がガス中毒死させるのに必要不可欠な行為であることなどを判示している点、さらには、基本的な事実関係の基礎にしている一審判決において、「被害者は手足に血液を付着させたままベランダの手すりの上に不安定な姿勢で立

つていたのであるから、このような被害者に対して摑みかかれれば、被害者がこれから逃れようとし、その際にバランスを崩すなどして落下するであろうことは誰が考えても想像できることで、そうなれば被害者が死亡するであろうこともまた当然予想できる」として（相当）因果関係の存在が認定されていることをふまえるならば、客観的な実行行為の存在と結果との因果関係があり、「最終段階と前段階の行為が接着し密接に関連するものであれば、前段階の行為時に『一連の殺害行為の認識』が認められ故意既遂犯が成立しうる⁽¹⁹⁾」とする見解に近い立場をとったのではないかと考えられる。この立場は、実行行為性は客観的に規定され、その認識があれば故意として十分であるとの理解を前提にする。

しかしながら、この見解には問題が多いように思われる。たしかに、発生した結果と因果関係がある（あるいは発生した結果が客観的に帰属される）行為は事後的にみて結果発生の危険のあった行為であえるといえ、これを殺人罪の実行行為であるとすることは可能である。このような形で実行行為を規定すると、結果が発生すればこれに近接する行為はすべて実行行為となるのである。⁽²⁰⁾ 上述のように、このように広範に実行行為をとらえながらも、故意を実行行為の認識として「一連の殺害行為」の認識という形で一般化したものとするため、客観的な行為・結果と責任との実質的な関連性が希薄化してしまい、処罰範囲が拡大することになる。

本判決も、犯意の内容が刺突行為時の刺し殺そうというものから、刺突行為後には、出血死を待つというもの、さらにはガスマス毒死させるといふものへ変容しているものの、殺意としては同一であるとして、故意の内容を一般化ないし抽象化している。しかしながら、このような一般化ないし抽象化された故意では、実質的に責任を基礎づけるのに十分ではない。論者は、殺害行為にあたる事実の認識とそれに基づく結果惹起の予見がある以上、責任非難が可能であるとするのであろう。しかし、それは結果発生の願望があれば、違法性の意識が可能であり、非難可能であると

主張するのとたいして変わりはない。

2 早すぎた構成要件の実現に関する判例として、横浜地裁昭和五八年七月二〇日判決（判時一一〇八号一二八頁）があげられる。自宅を燃やして焼身自殺をしようとし、大量のガソリンを撒布した後、死ぬ前に最後のたばこを吸おうとしてライターに火をつけたところ、ガソリンの蒸気に引火・爆発し、家を全焼させたという事案において、裁判所は、ガソリンの強い引火性を考慮すると、そこに何らかの火気が引火すれば家に散布されたガソリンに引火し、火災がおこることは必定の状況にあったのであるから、被告人はガソリンを散布することによって放火について企図したところの大半を終えたものといつてよく、この段階において法益侵害すなわち本件家の焼燬を惹起する切迫した危険が生じるにいたったものと認められるから、放火罪の実行の着手があったものと解するのが相当であるとし、この状況下でライターを点火すれば引火するであろうことは一般人にも用意に理解されるところであり予想しえない事柄ではなく、ライター点火時に本件家を焼燬する意思を放棄したわけではないから、因果関係を否定されず、放火既遂罪の責めをおうと判示したものである。

本判決も、家の焼燬を惹起する切迫した危険の発生を理由に放火の実行の着手を認め、家を焼燬する意思を放棄していないことから、故意を認め、放火既遂罪の成立を認めたものである。たしかにたばこを吸うためにライターに火をつけたのであって、放火のためではなかったのであるから、その点では早すぎた構成要件の実現の問題であるといえる。しかしながら、引火性のきわめて強いガソリンを大量に住宅内に撒布したものであり、そのような状況下でライターに火をつける行為はたとえその動機がたばこを吸うことであつたとしても、結果発生の切迫した状況を作出したうえで、さらにそれを高める行為をおこない、そのような事実の点について誤認は存在していない。問題はこのような認識がガソリンに引火することによる当該家の焼燬という結果発生にいたる危険の認識として十分である

かどうかということにある。本来は、このような具体的な危険関連づけた結果の認識を問題とすべきところを、この判決も、放火の意思という一般的な故意によってそれを代替してしまっているのである。

3 以上から明らかなように、早すぎた構成要件の実現の場合、ある意味で、行為者に「事実」の誤認は存在していないのである。本件の場合には、ベランダの手すりの上にいる被害者をつかまえようとする事実を被告人は認識しているし、上記放火の事案では、大量のガソリンによる蒸気の充満する状況下でライターに火をつけるという事実は認識されている。問題ははたしてそれが当該犯罪の故意を肯定するのに十分なものといえるのかということにある。換言すれば、たんなる結果発生の意欲ないし意図、願望が事実認識に付加されておればよいのか、それとも、自己の行為のもつ危険を具体的に認識することが必要といえるかということにある。⁽²¹⁾

第三節 ドイツにおける判例

第一款 従来判例

1 いわゆる早すぎた構成要件の実現に関するものとされてきたドイツの判例は二つある。⁽²²⁾

まず一つめは、⁽²³⁾被告人はその妻の頭部を比較的重いスパナで殴打して失神させ、その後事故に見せかけるために列車から放り出すことによって殺害するつもりであったが、裁判所は、被害者の死の原因となった頭部の損傷がスパナによる殴打によって惹起されたのか、列車から放り出したことによって惹起されたのかを認定することができなかったという事案である。ライヒ裁判所は、故意に属するのは、行為者が対象、時間および場所により特定の違反行為を認識と意思に取り入れることだけであり、所為の実行と経過のあらゆる詳細な点までもそうすることは故意には属さないとし、失神させることと殺害することは統一的な企図として計画され、スパナによる殴打は所為の実行の着手と

して計画されていたのであるから、気絶の手段としてのみ考えられていた殴打がすでに致死的な脳出血を惹起したとしても、故意の存在にとつては重要ではないと判断し、謀殺罪の既遂を認めたものである（以下、「列車転落事件」とする）。

二つめの判例⁽²⁴⁾は、被害者をニセの即決裁判（Scheinstandgericht）を利用してその裁判の結果としての絞首刑で殺害することを考え、その目的のために、そのにせの即決裁判所の残りのメンバーが待ち受ける人里離れた場所へ被害者を誘いだし、有罪であると宣告されると、その被害者が抵抗してあばれたので、他の共働者が被害者を投げたおとして、おとなしくさせるために首を絞めたところ、それにより死亡したというものである。この事案について、連邦通常裁判所は、行為者の計画によると保護された法益に対する攻撃を可能とする状態に被害者をおいているという理由で実行の開始を認め、認識した因果経過の現実の因果経過に対する逸脱も重要ではないとして、列車転落事件と同様に謀殺罪の既遂を認めた。

2 いずれの判例も、因果関係の錯誤の問題として処理をし、被害者の死を直接惹起した行為を殺害行為の実行であるとし、認識した因果経過から現実の因果経過の逸脱が重要ではないとして、既遂の成立を認めるものである。いずれにせよ、ドイツでは、早すぎた構成要件の実現の問題を因果関係の錯誤の一種として扱うのが判例であるといえ、また通説⁽²⁵⁾である。この場合注意すべきことは、ドイツの判例は因果関係論においては条件説をとっていることである。そのため因果経過の異常性の処理がすべて因果関係の錯誤の問題として、故意論で扱われることになる。すなわち、故意は事態の経過にもおよぶ必要があるとしつつも、事態の経過の詳細すべてを予見することはできないから、予見した経過に対する逸脱は、それが一般的な生活経験により予見可能な範囲内にとどまっており、所為の異なった評価を正当化しない場合には、原則として故意を阻却しないとする⁽²⁶⁾。このような考え方は、わが国においても、岡野教授

がとられるところである。⁽²⁷⁾このような立場に対しては、周知のごとく、客観面で否定した相当性判断を主観面で取り込むものであり、一貫しないとの批判がある。しかし、問題の实质はこのような相当性判断の体系的な位置づけにあるのではなく、故意の認識対象として因果関係を必要とする理論的な根拠およびこの根拠に基づく認識対象の具体化の基準である。「法定の構成要件に属する事情」の認識（ドイツ刑法一六条一項）を明文で問題にするドイツにおいては、まだ条文上の根拠はあるといえよう。それでも、犯罪が刑罰を法律効果とする以上、刑罰に相当する実質的な根拠づけが必要であり、故意が構成要件該当事実の認識であるという形式的な論拠では不十分であるといえる。

これと関連して、ライヒ裁判所の判例について付言すると、そこでは故意の内容について、詳細な認識を要しないとして、殴打行為と列車からの投下行為との一体性を認めることから、故意の既遂を肯定しているといえ、いわゆる概括的故意により既遂を肯定している。このような故意の抽象化による行為の一体性の判断は、わが国のベランダ墜死事件と同様の論理にあるといえる。とすれば、因果関係の認識を故意の対象としつつも、詳細な因果経過の認識は不要であるというとき、どの程度までの認識が必要となるのかということが犯罪の成否を決することにもなる。この点からも、故意の認識対象として因果関係を必要とする理論的な根拠およびこの根拠に基づく認識対象の具体化が要請されるといえる。

3 ドイツの判例が早すぎた構成要件の実現の問題を因果関係の錯誤として処理するとしても、未遂犯の成立を肯定できる行為によって結果が実現している場合には、認識した因果経過に対する逸脱は重要ではなく、既遂犯の成立を肯定することになる。それは行為者の計画を基礎にして実行の着手を判断することと関係するといえる。行為者の計画に基づいて客体に対する攻撃可能性があつて、実行の着手が認められるのであれば、早すぎた構成要件の実現における経過は、なお所為計画の実現とみることができからである。したがって、未遂行為から結果が生じた場合は、

認識した因果経過に対する逸脱は重要ではなく、既遂犯が成立し、予備行為から結果が生じた場合には、その逸脱は重要であるとされ、生じた結果については過失犯の成否が問題とされることになる。

第二款 ラゲッジルーム事件

1 連邦通常裁判所は、行為者が複数の段階的行為をへて殺害を計画したものの、直接的な殺害行為以前の段階で結果が発生した事案で、既遂犯の成立を否定する判断を示した。⁽²⁸⁾ 事案は択一的認定が絡むため、少々複雑である。

原審のラント裁判所は、被告人がその妻を午後一時半から午後八時までの間の正確には特定できない時間に殺害したという事実に基づいて、謀殺を理由に終身刑を言い渡した。しかしながら、被害者の死体および犯行の痕跡が発見されなかったために、本来の殺害の事実をより正確に認定することができなかったものである。つまり、被告人が自宅で妻を殺害して死体を別の場所へ隠そうという意図であったか、または、自宅では妻を抗拒不能状態にだけしておいて、別の場所へ運んでいき、そこで妻を殺害したという心証だけは得ていた。これを基礎として、犯行の経過について六種類の可能性をもつ択一的認定をし、これらすべての態様について謀殺罪で有罪であるとした。これに対して、連邦通常裁判所は、択一的認定の五番目の可能性の事実について故意の殺人を理由とする有罪は許容されないとし、原審を破棄して差し戻した。

具体的に問題となった事実はつぎのようなものである。被告人は、その後に殺害する認識ならびに意思をもって、妻Cの手足を縛り、または・および、猿轡をし、または・および、その意識を失わせて、自動車のラゲッジルームにいて、場合によっては、別の車につみかえた後、ある場所へ彼女を運んだが、そのときには、彼女が運搬の前、最中あるいはそのあとですでになんの付加的な行為をせずとも死亡していたため、意図していた殺害はもはや実行され

ず、死体を隠したというものである。ラント裁判所は、この場合であっても、直接的な開始という意味での被害者の生命に対する攻撃は、手足の拘束、猿轡ないしは失神させることによって開始されており、もっぱら所為計画により必要である運搬が介在しただけで、可能なかぎり速やかに死へと結びついたのであり、そのため、絶えず存在しておりかつすでに一部は現実化した事実的故意を理由に被害者の生命の直接的な危殆化は存在していると考え、被害者はすでに自動車が到着する前に死亡していたという被告人の表象した因果経過から実際の因果経過の逸脱は重要ではないとしたのである。

これに対して、連邦通常裁判所は、次の二点を指摘している。第一は、その表象によれば所為結果を後の行為によつてはじめて惹起しようとする行為者がその結果を実際にはより早い行為によつて生ぜしめた場合には、行為者が所為結果を惹起した行為の前にすでに未遂への入り口を踏み越えていたか、あるいは少なくともその行為によつて踏み越えるときにのみ、表象した因果経過から現実の因果経過の重要でない逸脱という法的問題について、所為結果の故意の惹起を理由とする有罪判決が考慮されるというものである。こうして、予備行為から所為結果が生じた場合には、その結果の過失の惹起を理由とする有罪だけが考慮されることになる。第二は、他人を殺害することを決意した行為者が、最初の攻撃では被害者を抗拒不能状態にするだけで、詳細に計画された複数の行為による事態の経過の後にはじめて比較的大きな時間的ならびに場所的間隔をおいて実際の殺害行為を実行する意図であった場合、その所為計画によると、所為結果にいたる全事態の内部に、殺害と内的な関連性がなく被害者の早まった死によつて失敗に終わる行為の段階をも予定しているときには、第一の攻撃にはまだ（ドイツ）刑法二二条の意味での殺人罪に対する直接的な開始が存在しないというものである。

2 この判決の重要な点は、早すぎた構成要件の実現の問題を、従来のドイツの判例と同様に、因果関係の錯誤の

問題ととらえつつも、結果を惹起した行為が未遂の段階に達している場合にのみ既遂犯が成立することを確認し、本件がまだ予備行為の段階であったことで、故意を否定した点にある。その理由は、予備段階における行為はたしかに所為計画を実現するのに役立つかもしれないが、しかし、行為者の表象および意思によれば所為既遂へと直接結びつく因果経過はまだ進行していないのであり、そのため法的に重要な故意がないために表象した因果経過から現実の因果経過の逸脱という問題が定立されないというものである。端的にいえば、結果に向けられた実現意思が存在しないということであろう。

いずれにせよ、このような考えによれば、予備と未遂との区別が敬意の存否にとって重要となってくる。この点、ドイツ刑法二二条は、その表象によれば構成要件の実現へと直接開始した場合に、未遂犯の成立を認める。行為者が構成要件に該当する行為の実行を開始している場合に未遂を認めるだけでなく、行為者の行為がまだ本来の構成要件の実現の全段階にある場合にも、未遂が成立する可能性が認められている。この場合に、具体的な所為計画が判断の基礎とされ、それが客観的な評価基準によって、構成要件実現への直接的開始であるといえる程度に所為へと転換されたかどうかを検討されるべきであるとされている。⁽³⁰⁾連邦通常裁判所の判例によれば、「主観的には『さあもうはじまった』という境界をこえており、客観的には構成要件に該当する攻撃行為を開始し、そのためその行為が中間的な行為なしに構成要件の充足へと移行する」場合に、未遂が認められる。この場合、行為者の行為が構成要件メルクマーの実現に直接先行したり、あるいは、構成要件の充足と直接的な時間的・場所的関連性をもって存在していることでもたりるとされている。

たしかに、被告人が本来の殺害行為にいたるまでに複数の行為を計画しており、自宅での最初の攻撃によってすでに被害者がのちの殺害行為に対して抵抗できないようにしようとしていたことは、直接的な開始を認める理由となる

かもしれない。しかしながら、このような基準にしたがいつつも、本件に関して、被害者である妻を抗拒不能状態にした行為について、ドイツ刑法二二一条、二二二条の意味での構成要件的行為を認めることができないのは、まず、ラント裁判所の認定によれば、行為者は午後一時半から八時の間に殺害して死体を遺棄したのであり、午後一時半の被害者に対する最初の攻撃から本来予定していた殺害行為にいたるまで複数の段階（自動車のラゲージルームへ入れて運んだり、別の車に乗せかえたりなど）の時間的間隔が大きく、また自宅から一〇〇キロメートルないしそれ以上離れた狩猟小屋で殺害を予定しており、場所的な離隔も大きいことによる。さらに、決定的なことは、狩猟小屋まで妻を運んだ後、めざめるまで待つて、自分に対する銀行への委任状にむりやり証明させる意思であったということである。すなわち、行為者は射殺する前に被害者に署名を強要するという行為を留保しているのであり、この点に、所為計画によると、被害者の死へといたる行為の経過の必要な部分とはいえない重要な中間の段階を認めることができるというのである。⁽³²⁾そして、この点が前述の二つの事案との相違であるとみることもできる。

第三款 判例理論からみた早すぎた構成要件の実現における問題点

1 早すぎた構成要件の実現の問題処理に関して、連邦通常裁判所は、これを因果関係の錯誤として扱うという点では、従来のドイツの判例・通説の立場に依拠したものであるが、予備行為から結果が生じた場合には、既遂の責任を否定することによって、故意が直接的開始によって認められる実行行為と同時に存在しなければならぬことを強調し、改めて認識させたという点で注目し値するものといえる。⁽³³⁾しかしながら、そのことによって、未遂か予備かの限界づけが処罰を決することになり、因果関係の錯誤の問題が故意の存否を問うものから、客観的な所為行為の問題へと変化してしまっているのである。早すぎた構成要件の実現における行為者の認識だけをみるなら、最初の被害者に

対する行為が後の殺害行為にいたる準備行為ないしは予備行為であるとしても、その後の殺害行為へと連続しているのであって、その経過は相当であるともいえるのである。それでも、予備行為から結果が生じた場合には、その因果経過の逸脱が重要であって、既遂犯の故意を阻却するとするならば、未遂を認めうる実行行為から既遂の結果が生じなければならぬという客観面のテーゼを⁽³⁴⁾そのまま適用しているにすぎない。そうすると、因果関係の錯誤あるいは認識した因果経過に対する逸脱が重要かどうかという問題は、故意を認めるためには、行為者が因果経過の詳細までは認識しなくてもたりることだけを意味するにすぎないものとなる。⁽³⁵⁾逆にいえば、故意の存否の検討に客観的な実行の着手の判断が統合されてしまっているともいえる。そうすると、故意の内容は、未遂犯における直接的開始の判断によって具体化されるということになる。

2 既遂の成否を画する実行の着手の判断についても問題がある。ドイツの判例および通説は、折衷説ないしは主観的客観説をとり、ドイツ刑法二二条にいう直接的開始を主観・客観の両面から確定する。⁽³⁶⁾その場合、行為者の計画を基礎として、行為者の行為が構成要件の実現に直接先行しているか、あるいは、行為者の行為が構成要件の充足と直接的な時間的場所的関連性があるかどうかにより実行の着手を判断することになる。⁽³⁷⁾この判断に際して、連邦通常裁判所は、行為者が狩猟小屋で委任状に署名させることを予定していたこと、および、抗拒不能にする行為から予定していた殺害場所までの距離（約一〇〇メートル）と時間を重要な要素と考えているようである。⁽³⁸⁾こうして、抗拒不能状態にする行為について直接的な開始を認めることができないと判断している。ただ、このような判断が折衷説ないし主観的客観説の立場から一義的に帰結されるのかは疑問である。以下に示すように、実行の着手の判断において、行為者の計画をどの程度具体化するのかということによって結論が左右されるように解される。

行為者の計画を基礎にした法益の危殆化の存否をもって直接的な開始を判断する立場からすれば、本件で、行為者⁽³⁹⁾

が被害者を抗拒不能にした行為にまさに法益の危殆化が存在するのであり、同時に行為者の計画によればそれは重要なものと評価されるべき中間行為（殺害を予定している場所へ運ぶのに不可欠である行為）といえるのであるから、実行の着手を肯定すべきであったといえることになろう。おそらく前記の即決裁判の事案における裁判所の判断（BGH GA 1953, 123）はいのよな立場によるものといえる。本件でも、殺害場所への運搬という行為者の計画は、被害者を抗拒不能にする行為がないと、実現されないものであり、署名を強要するための中断があつたとしても、犯行実現への固有の原動力を備えているといえ、未遂を認めることが可能であつたといえる。⁽⁴⁰⁾他方で、このような帰結は妥当でないとの批判も存在する。すなわち、行為者の計画によるなら、被害者である妻の抗拒不能状態の作出は、殺害の構成要件実現それ自体の必要不可欠な構成要素ではなく、被害者を当初予定していた場所へ移送するためのものであつて、構成要件に関連せず、所為の場所に関連するものでしかないというものである。⁽⁴¹⁾このような帰結の相違は、行為者の計画をどこまで具体化するかという点にも関係している。わが国における折衷説の議論においても、自動車により女性を他所へ連れさつてそこで強姦しようとする意図で、被害者である女性に対して暴行・脅迫を加えてむりやり車内へ引きづりこもうとした判例⁽⁴²⁾に関して、行為者の計画を考慮して法益侵害の危険を判断するのであつても、場所的移動の点を重視して強姦罪の実行の着手を否定する立場と判例の結論に肯定し実行の着手を認める立場⁽⁴³⁾とに別れている。ここでは、行為者計画のもつ危険判断を静的にとらえるのか、それとも動態的にとらえて判断するかという判断構造の違いがあるように思われる。

さらに、被害者の構成要件的な領域へ行為者が影響を及ぼし、同時に構成要件実現に対する密接な時間的関連性が存在する場合にのみ未遂の開始を認めるべきとする立場⁽⁴⁵⁾からすると、抗拒不能にするという領域への介入は被害者の自由ならびに身体の完全性という法益に向けられており、行為者計画によると、署名を強要するために生命領域への

介入はまだなされていないことになる。つまり、法益ごとに異なった判断をすることになるため、殺害行為については直接的開始が認められないこととなる。⁽⁴⁶⁾この場合、行為者計画の具体化によって、個別法益ごとの判断がなされていることに注意すべきである。

3 因果経過の逸脱に関する相当性判断が実行の着手の有無に依拠していること、実行の着手の判断が行為者計画の具体化の程度により左右されることを総合すると、早すぎた構成要件の実現の問題は、その体系的位置づけは別として、行為者の主観面を現に生じた結果との関係においてどの程度具体化して判断していくのかということが重要であることをドイツの判例は示しているように思われる。もっともこのような行為者計画の具体化が可能となるのは、実行の着手の判断において、計画内容を判断の基礎とすることについて判例・学説の一致が認められることによるといえる。したがって、故意の内容として因果関係の認識を不要としたり、故意の内容を概括的にとらえたとしても、実行の着手の判断における行為者計画の具体化の程度によって、既遂の成立を限定することが可能となる。⁽⁴⁷⁾これに対して、わが国の判例は、犯罪成立要件において行為者計画の内容を具体的に斟酌する場面を認めていない。実行行為性は比較的客観的な危険性判断によるものといえるし、故意についても、殺害方法の推移や行為者の計画内容をほとんど考慮していないといえる。このような立場を徹底するなら、殺害の意欲が明確なときは、その危険の認識内容如何を問わず、死の結果が生じた場合にはすべて既遂を認めるべきこととなろう。

第四節 早すぎた構成要件の実現に関する若干の考察

第一款 早すぎた構成要件実現の判断構造

1 ドイツの判例についての検討が示すように、早すぎた構成要件の実現の問題は、たんにこれを因果関係の錯誤

としてとらえ、故意の問題で処理すべきかということにとどまるものではない。客観的構成要件の次元において、実行行為ないし実行の着手をどのように理解するのかということも関係している。

わが国での通説は、早すぎた構成要件の実現の問題を因果関係の錯誤の一種であるとし、行為者の認識と現実の因果関係との齟齬が相当な範囲にとどまるときは、生じた結果について故意を肯定する。しかしながら、実行の着手につき実質的客観説ないし形式的客観説をとり、因果関係論において、相当因果関係説が通説となっているわが国の学説状況において、実行の着手につき折衷説ないし主観的客観説をとり、因果関係論で条件説をとるドイツにおける問題の処理が同一であることは、不思議である。逆にいえば、早すぎた構成要件の実現の問題が因果関係の錯誤であるということ、因果関係の錯誤について相当性判断により故意の存否を決すべきであるということには、それほど確固たる理論的根拠があるとはいえない。

現にドイツにあっても、客観的帰属論の進展により、因果関係の錯誤の問題はまずは結果帰属の問題として処理すべきであるとの主張が有力化していることから、このことは示される。⁽⁴⁸⁾ わが国においても、近時因果関係の錯誤不要論が有力に主張されているのも、相当因果関係説が通説であることと無関係ではないといえる。

2 しかしながら、他方で、ドイツにおける判例は、実行の着手の有無によって錯誤の相当性を区分けし、故意既遂犯の成否の限界を画するものとなっている。しかも、実行の着手の判断にあたっては、行為者の計画を大幅に考慮するものとなっている。そのため、行為者計画をどの程度具体的に判断の基礎とするかにより、故意の存否が大きく左右されることになる。方法論的な妥当性はともかく、行為者計画が故意の存否に大きな影響を及ぼしているといえる。また、行為の違法性を犯罪成立において重視するドイツでは、行為者計画によって実行の着手が肯定される場合、基本的に故意犯の違法性の重要な部分が基礎づけられたといえるのであり、故意犯の処罰の基礎づけの点においても

ある程度の合理性をもつものといえよう。

そのため、わが国における問題の処理を考察する場合には、故意犯の処罰の合理的な基礎づけが可能であるのかという観点のもとに、客観的な構成要件の内容、とりわけ実行行為をどのように考えるのかを明らかにしたうえで、故意の内容について検討することが必要となろう。⁽⁴⁹⁾ また、故意の内容についても、結果発生の願望とまさに自分がおこなった行為の認識があれば故意として十分であるのか、あるいはそれ以上に行為に内在する危険について認識が必要であるのか、結果発生にいたる経過も認識しなければいけないのかといったことが、故意処罰の根拠、とりわけ故意既遂犯の処罰の根拠から基礎づけることが必要となろう。それゆえ、早すぎた構成要件の実現の場合、行為者に未遂の認識はなく、予備行為の認識しかない⁽⁵⁰⁾というのは結論の先取りであるか、あるいは、あてはめの錯誤を事実の錯誤にすり替えるものであり妥当ではない。実行行為の認識の具体的内容をどのように解すべきか、あるいはそれ以外の認識は必要ないのかが問われているからである。

第二款 因果関係の錯誤不要論からの解決

1 まず客観的な構成要件の次元だけで問題を処理する立場について検討する。この立場が前提とする故意の内容が故意処罰の要件として十分かどうかの問題である。もともと、早すぎた構成要件の実現の問題を含め、因果関係の錯誤の問題を客観的な因果関係の存否で処理しようとする場合、かならずしもすべての論者が故意の内容として因果関係に関する認識を故意から除外するわけではないことに注意しなければならない。

2 因果関係の錯誤の問題を故意ではなく、因果関係の存否の問題であるとする立場からすると、早すぎた構成要件の実現の問題は、結果を発生させた行為と結果との因果関係がある以上、故意の既遂犯の成立を肯定すべきことと

なる。⁽⁵¹⁾このような立場にたった場合、どのような基準によって既遂の成否が判断されるのであろうか。

この点、実行の着手は、直接的危険の創出行為があれば、事後的に認められるとしつつも、客観的に行為態様と方法も類似しており、時間的・場所的にも密接した一連の行為が開始されれば危険創出行為は認められるとし、事後的に具体的危険が発生すれば実行の着手は存在するとして、実行行為により処罰を制限する見解⁽⁵²⁾がある。ここにいう危険創出行為の基準はあきらかにドイツにおける判例・通説と同様のものといえる。しかしながら、ドイツにおいては、実行行為性を肯定することが行為規範違反としての違法性の実質を具備するものと解するのであり、そのかぎりでは罰の基礎づけと犯罪の成否の判断基準が関連しているといえる。しかしながら、行為規範違反としての危険創出行為を事後的な結果（未遂における具体的危険も含む）と関連づけてはじめて法的意義を認める立場⁽⁵³⁾からすれば、危険創出行為それ自体ではなんら処罰の基礎づけはなしえないのであり、危険創出行為に基づく判断基準は合理的な根拠を欠くものといえる。もつとも、おそらく実行の着手以前の行為から結果が直接惹起した場合、たとえば冒頭の毒入り牛乳事例の場合、過失犯の成立を認められるであろう。しかしそうすることは、危険創出行為がたんなる暫定的なものではなく、まさに故意の実行行為の実質的違法を具備していることを前提にせざるをえないように思われる。なぜなら、過失犯の成立を認めることは、危険創出行為も、結果との事後的な因果的関連（危険実現関連）も存在しているということになり、過失か故意かの相違を求めるとすれば、危険創出行為が故意行為か過失行為かによるほかはないからである。もし、故意行為と過失行為とが客観的側面において同一であるとするなら、早すぎた構成要件の実現の場合にも、その相違は故意の内容を基礎に求めるべきである。

そもそも、行為規範違反を客観的な構成要件に位置づけながら、これと未遂処罰根拠の具体的危険を分離することに⁽⁵⁴⁾理論的な整合性の点で問題がある。刑法が行為規範として機能させると考えるのは、法益侵害の危険のある行為を類

型化し、それを行為規範という形態で禁止することによって、一般市民がこれを遵守することで法益侵害を防止しようということに基づくとされる。そのため、規範的拘束力を確保するにはその違反を違法とし、刑罰を科す必要があるということから、行為規範違反性を違法性の実質として理解することにいたる。結果犯にあつては、行為規範の内容は結果発生の具体的危険のある行為を内容とすべきであり、そうすることではじめて規範的機能が付与されるのである。結果犯の領域での実質的な具体的危険によって担われていない行為規範による規制は、過度の法的介入である。たとえば、人を殺害する目的で包丁を携帯し、被害者宅へ赴いたところ、包丁を振りかざす前に、応対にでた被害者が包丁をもっているのを見て驚愕して逃げ出し、その際、行為者の携帯していた包丁にふれたため、脚部の動脈を損傷して出血多量で死亡した場合（包丁事件）、包丁を携帯して被害者宅へ赴き殺害するということは、一連の行為であり、時間的・場所的接着性も認められるのであるから、実行行為もあり、故意もあるので、既遂ということになるのではなからうか。これを否定するのであれば、故意の実行行為が具体的な危険のある行為として独自の意味を持ち、危険創出行為の行為規範違反性が故意犯の実質的違法性を基礎づけるべく理論構成すべきである。⁽⁵⁵⁾

さらに、実行行為が認められるということは、当該行為は次段の行為と一体のものであるということの意味し、結果惹起の故意があつたことになるとするが、このような認識で故意責任を基礎づけうるとの理論的基礎が十分に示されてはいない。たとえ実行の着手を認めることができるとしても、その段階での行為者の認識は、行為の一体性の観点により基礎づけられる結果発生への相当な予見でしかなく、そのかぎりにおいて概括的なものでしかない。

3 これに対して、実行行為性の判断を客観的な危険性を基準に判断しつつ、故意の内容として、行為の一体性を判断する見解もある。客観的な実行行為の存在と結果との因果関係があり、最終段階と前段階の行為が接着し密接に関連するものであれば、前段階の行為時に「一連の殺害行為の認識」が認められ故意既遂犯が成立しうるとする⁽⁵⁶⁾ので

ある。このことは、因果関係の認識は行為者の責任非難に何ら関係しないのであり、実行行為の認識のみが責任非難を基礎づけるということを前提にしている。

しかしながら、結果が発生した以上は、客観的危険が存在していたのであり、早すぎた構成要件の実現の場合はすべて実行行為があることになる。また、早すぎた構成要件の実現では、行為者は複数の一連の段階をもって結果の実現を企図しているのであるから、(殺人の場合であれば)つねに一連の殺害行為の認識が認められることになるであろう。たとえば、毒入り牛乳事例の場合でも、夫が帰宅するまで毒入りの牛乳を保管することは夫にその牛乳を提供する行為と接着し密接に関連するといえるのであって、殺害行為の認識を認めなければならなくなる。⁽⁵⁷⁾ そもそも、故意を実行行為の認識につきるとすることは、静的に故意をとらえ、実行行為の開始時に存在した行為者の認識だけで責任非難できればたりとし、おそらく未遂も既遂もその故意の内容に違いはないとするのであろうが、そうすると、予備から未遂をへて既遂へといたるなかで、意思形成の段階的な展開が責任非難に影響しないことになってしまい、未遂と既遂の罪責の相違はもっぱら客観的な違法性に基づくことになろう。しかし、中止未遂では、行為者の意思内容の動態的な変化を基礎にして刑の減免を判断するのであり、この立場によれば、中止未遂における責任減少の余地はなくなるであろう。

第三款 主観的帰属による解決

1 早すぎた構成要件の実現に関して、故意の存否ではなく、そもそも結果の帰属の問題であるとする見解が最近では有力に主張されている。たしかに、認識した因果経過の現実の経過に逸脱が相当であるかどうかは、相当因果関係ないし客観的帰属論における判断に解消しうるとみることのできるであろう。しかしこの場合、結果の帰属をどの

ように基礎づけ、制限するのかが問題である。

ドイツにおける早すぎた構成要件の実現の判例・通説の処理は、因果関係の錯誤として処理しつつも、実行の着手の有無を基礎に故意既遂犯の成否を決するものとなっている。そうすると、これを客観的帰属の領域で処理する場合、故意既遂犯が成立するにはその未遂犯の成立が最低限必要であるとされることになる。⁽⁵⁸⁾このような実行の着手の有無によって、結果の帰属の有無を区分する一つの考え方は、故意の危険創出行為によって結果が実現してはじめて故意既遂犯の処罰が可能であるというものであろう。毒入り牛乳の事例でいえば、牛乳を保管していた行為については過失の危険創出行為はあっても、故意の危険創出行為はおこなっていないというものである。このことは次のように理論づけることが可能である。行為者は、結果に現実化し、それゆえ結果の過失への帰属を基礎づける許されない危険を設定しているが、しかし、その際、故意を基礎づける別の許されない危険を認識していたものの、この危険は結果に現実化していない、というものである。⁽⁵⁹⁾このような考えからすると、過失犯と故意犯との罪責の相違は、もっぱら危険創出行為の相違に求められることになる。この場合、故意危険は、行為者が認識し、行為者自身によって惹起された因果的因子およびこれに対する徴憑的な事実が結果発生にとって適格性を有している場合に、認められるとされる。したがって、列車転落事件の場合でも、行為者が被害者を意識を失わせ抗拒不能にしようとするためにとった方法は、有効な殺害方法ということになり、行為者は故意危険を創出し、これが結果に実現していることから、故意への結果の帰属を認めるべきこととなる。⁽⁶⁰⁾

しかしながら、行為が客観的に結果発生にとって有効であれば、行為者が結果惹起には不十分であると考えていたとしても、故意への結果帰属を認めることには、疑問がある。行為者がまさに今自分のおこなっている行為が殺害の結果を惹起するということを認識していないのに、殺人の故意帰属を認めることは、故意を客観化することになり、

それによる処罰は結果責任へと近接することになる。少なくとも、行為者が現に惹起している危険ではなく、危険を徴憑する事実を認識すれば、故意帰属を認めてしまったため、故意既遂犯の成立範囲が著しく拡大してしまうことになる。また、逆に客観的に結果発生にとって有効でないとすれば、それは同時に過失の危険創出も認められなくなるのではなからうか。とすれば、故意犯と過失犯とを危険創出の違いによって区分する前提自体が崩壊することになる。そうでないとすれば、故意の危険創出と過失の危険創出とをどのように判断するのか、またこの微妙な危険の違いが果たして故意犯と過失犯との処罰の相違を基礎づけることができるのかを明らかにする必要があるといえる。

2 したがって、結果の故意への帰属を問題とするとしても、危険を徴憑する事実の認識ではなく、行為者にどのような危険の認識があれば結果を故意に帰属することができるのかということが重要であるといえる。この点、以前より有力に主張されてきたのが、実行未遂と着手未遂とに区分し、実行未遂より結果が生じた場合にのみ、行為者は故意既遂犯の責任を負い、着手未遂以前の段階で結果が生じたときは、既遂結果に対して故意を認めることができないとするものである。

このような考えの根拠として、従来から主張されてきたのは、中止未遂の成立可能性である⁽⁶¹⁾。すなわち、ドイツ刑法二四条によると、着手未遂の場合は以降の所為の実行を放棄することによって、実行未遂の場合には既遂を阻止することによって、すなわち既遂を回避するための積極的な行為をおこなうことによって、中止未遂が認められる。そのため、着手未遂の場合にはたんなる実行の中止で中止犯とされるのに、着手未遂の行為から結果が惹起したときに既遂とすることは、中止犯の成立要件と相容れないものとなるのである。もっともたんに中止未遂の余地がなくなるというだけでこの見解を基礎づけることは困難である⁽⁶²⁾。しかし、中止犯が犯罪成立の反対の側面であることから、中止犯の側面から着手未遂と実行未遂の犯罪性を確認することによって、故意既遂の処罰を考えることは可能で

ある。この点について、着手未遂と実行未遂とはそこに実現されている不法の程度が異なるという指摘が重要である。⁽⁶³⁾そこで、既遂責任を肯定するためには、行為者が結果を惹起するために必要なすべてのことをおこなったという認識を有していることが必要となる。⁽⁶⁴⁾しかしながら、故意への結果の帰属の問題を着手未遂と実行未遂との区別に完全に対応させることは妥当ではない。実行行為の終了の問題と結果発生にいたる危険の実現の程度とはかならずしも対応しないからである。この場合に決定的なのは、結果惹起にいたった危険を行為者が故意に実現していないと、故意既遂犯を認めることはできないということにとどめるべきである。⁽⁶⁵⁾

このことを積極的に正面から基礎づけることも可能である。着手未遂の段階では、行為者には結果発生に対する原因を設定したという認識がなく、⁽⁶⁶⁾既遂や実行未遂において認めうる（既遂）故意が存在しないのであり、その行為不法が異なるのである。早すぎた構成要件の実現において、なお実行未遂にいたっていない段階では、行為者の行為は事前的には結果惹起の（完全な）適正を有しないものであるかぎり、行為者は実行行為の一部を遂行したにすぎず、そのかぎりで完全な行為無価値が存在しないため、既遂犯として処罰するにたりる不法の実現がないといえる。⁽⁶⁷⁾規範論的には、刑法規範の動態的な法益保護機能によって説明可能である。すなわち、刑法規範は、行為規範として、法益侵害の危険のある行為にでないことを命じ、これを期待するのであるが、これが裏切られ、実行の着手があった場合には、犯罪中止義務を課すことによって実行行為を継続しないように命じ、さらにそのまま放置すれば結果が発生してしまうという場合には、結果防止義務を課すことによって結果の発生を阻止するという形で機能すると考え、犯罪の段階的発展に依じてより大きな義務が課せられるということで、着手未遂と実行未遂・既遂との不法の相違を説明するのである。⁽⁶⁸⁾

このような見解に対しては、実行の着手の段階ですでに既遂結果を予見して実行にでた以上、故意として欠けると

ころはないとの批判がありえよう。しかしながら、このような批判の立場からは実行の着手についての違法・責任を問題にするだけでしかなく、実行の着手以降の事態の展開における不法をすべて実行の着手時における責任に集約するものであって、責任と不法のとの対応関係を欠落させてしまっているのである。もつとも、このような行為の違法に着目した故意帰属論はその基礎とすべき理論において問題がある。それは犯罪の違法性、とりわけ故意への帰属において問題となる行為の違法性を行為規範違反によって説明するところであって、それは、実行未遂の違法性ないしは実行未遂の故意への帰属は基礎づけることができて、結果の帰属を基礎づけているとはいえないのである。⁽⁶⁹⁾すなわち、行為規範違反性を問題とするかぎり、実行未遂と既遂とは、その行為規範性の質および程度はまったく同等である。それは行為規範が人に対して一定の行為にすることを命ずるため、結果はその対象外となるからである。したがって、偶然的事情により左右される結果を違法性に関係づけることは、行為規範違反としての違法との整合性において困難である。⁽⁷⁰⁾この点、処罰範囲の限定と応報的観点を基礎に結果をなお違法要素とすべきであるとするが、このような違法要素はノミナルなものでしかないし、⁽⁷²⁾このような結果違法の故意への帰属を理論的基礎づけることは困難である。

第四款 責任論における結果の主観的帰属

1 早すぎた構成要件の帰属の問題は、既遂の処罰根拠をどのように説明するのかということによって基礎づけなければならない。犯罪が違法と責任から構成される以上、既遂の処罰根拠も違法と責任両面からの説明を必要とする。⁽⁷³⁾

行為規範違反を違法性に位置づける場合のもつとも重大な疑念は、行為者の責任が行為規範違反に対する責任ということになる点である。少なくとも結果犯にあっては、結果の社会的有害性のゆえに犯罪として類型化されているの

であり、行為者の責任も結果の惹起に対するものでなければならぬ。そもそも、刑罰が国家に対する例外的な人権侵害である以上、刑事的介入が正当化されるのは、客観的な生活秩序に対する侵害（ないしは危殆化）が必要であつて、具体的な刑罰の正当化の前提として法益侵害（ないしその危殆化）を犯罪成立要件としなければならない。このようにとらえるならば、刑罰制度は法益侵害の惹起に対するいわば事後的処理としての意味をもつといえる。それゆえ、刑罰は法益侵害の惹起に対する応報の意味で理解されることになる。もっとも、ここでの応報は被害者の処罰感情や一般的な処罰要求の融和という意味ではない。刑法において、犯罪は行為者の意味表現であり、刑罰はそれに対する回答としての意味表現であり、⁽⁷⁵⁾犯罪と刑罰はそのような社会的な相互作用としてとらえられるべきであり、応報もこのような相互作用のなかに理解されなければならない。そして、刑事的介入の正当化が法益侵害にあると解するならば、行為者の意味表現は法益侵害にあり、それに対する法益侵害の（観念的）回復による法秩序の安定化が刑罰の応報の意味としてとらえられなければならない。

したがって、犯罪論における違法性はその実質を法益侵害に求めるべきであり、これは事後的に評価されるものである。そのため、行為者の行為のもつ刑法的意味は、事後的に判断された法益侵害（ないしその危殆化）と因果関係を有することによって認められるのである。換言すれば、どのような結果と因果関係があるかによって行為がはじめて意味づけられるのであり、実行行為とは因果関係のある結果によって刑法的意味を付与されるのである。⁽⁷⁷⁾そのため、早すぎた構成要件の実現の場合、行為者の計画より早い段階であっても、生じた結果と因果関係があるかぎり、その行為は結果によって犯罪的意味を付与されるのであつて、客観的な側面においては因果関係のある結果が存在する以上、その構成要件該当性、違法性を肯定せざるをえない。

2 このように、早すぎた構成要件の実現の場合、客観的な違法性を肯定することができるとは、それだけでは故意

既遂犯として処罰することはできない。行為者に対してその結果惹起について責任を問うことができればならない。違法性段階では、生じた結果を行為者の行為へ帰属できるかという事後的判断によって法的意味づけをおこなうものとすれば、有責性段階では生じた結果を行為者へと帰属できるかという事後的判断がなされなければならない。

この場合、罪刑法定主義を根拠に故意は構成要件に該当する事実の認識であるとして、早すぎた構成要件の実現の問題について、客観的な構成要件該当性の問題として遡及禁止を考える以上、故意の次元においても同様の判断をすることが必要であるとし、因果経過が行為者事前の予見どおりに実現した場合、遡及禁止により第一行為に結果を帰属させることができないため、結果について故意を有する第二行為を留保している第一行為者には故意は認められな⁽⁷⁸⁾いとする見解がある。この見解は、行為者の故意の対象が構成要件によって事前に規制・制約をうけていることを前提にすることになるが、それは同時進行的に行為者の故意を行為規範違反の観点から確定しようというものであって、あらゆる歴史的事実を存在論的に把握できないかぎり不可能なことである。裁判官にとって可能であるのは、構成要件という観点から行為者の認識内容を事後的に判断していくことだけである。⁽⁷⁹⁾なお、この見解では、結果惹起意思のあり方が問題であるとしても、それがなぜ故意責任にとって重要であるのかについては何らの説明もない。行為者の認識の構成要件該当性からどのように行為者の有責性を基礎づけるのかは明らかではない。そこに、実質的な根拠がないのであれば、そこにいわれる構成要件該当性判断は（主観的な）処罰条件に帰することになる。

3 したがって、問題は故意既遂犯についてその責任をどのように基礎づけるのかということになる。

鈴木教授は、⁽⁸⁰⁾刑法における法益保護の基本を「処罰によって行為者を結果回避行為へと動機づけるという方法により、将来の法益侵害結果の発生を防止する、というメカニズム」であるとし、故意処罰を「自己の行為によって法益侵害が発生するということを予見している行為者を、刑罰によって動機づけることにより、行為者の立場からする『結

果発生の予見のない行為』へと導く」という限定された過程を通して、行為者による結果惹起を阻止することで、責任主義ないし正義になつたものとなるとされる。このような前提もと、現実の事象が、行為者の立場から見て、「結果発生の予見のない行為」が実現したものといえない場合には、故意既遂犯の成立が否定され、「結果発生の予見のない行為」が実現したものといえない場合には、故意既遂犯が成立すべきであるとされる。⁽⁸¹⁾

この見解の判断基準の妥当性はひとまず措くとして、既遂犯処罰の基礎づけに問題があるように考えられる。それは「処罰によって動機づける」の内容にある。⁽⁸²⁾この点に関して、「刑罰というサンクションの予告によって反対動機を設定する」とする見解を否定されていること⁽⁸³⁾から、ここでいう処罰はまさに結果を惹起した行為者の処罰を問題にされるのであろう。しかしながら、そうすると、具体的な処罰による動機づけは、すでに犯罪行為を終了したのちの刑事手続の段階でしかなしえないものである。自己の行為によって法益侵害結果が発生するということを「行為時」に予見している行為者を、処罰によって「事後的に」動機づけるということが行為者の責任にどのような意味があるといえるのであろうか。行為者の動機づけを問題にするのであれば、まさに行為時における動機づけの可能性を問題にすべきである。しかし、行為者がまさに結果発生の予見している時点において、処罰はされないし、したがって処罰による動機づけもありえない。そうすると、処罰による動機づけの判断は、事後的な刑罰賦科の可否の評価に帰着することになる。そして、あくまで行為時における行為者の予見とそれに基づく結果回避可能性が重要であるというのであれば、それは、論者のいう正義の視点しかないであろう。だが、そこでいう正義の具体的内容は明らかにされていないし、処罰による動機づけとはまったく異なる次元で正義を問題にするのであれば、その正義は予防的な考慮を制約することはできないであろう。基礎づけることができはじめて制約できるからである。⁽⁸⁴⁾そのような予防的考慮からは正義は帰結されないから、故意責任の基礎づけがなされているとはいえないであろう。

そもそも（一般的）予防的考慮を犯罪成立要件としての責任において考慮することには疑問なしとしない。⁽⁸⁵⁾ 犯罪成立要件は刑罰という法律効果をもたらすものであるから、そこに予防的考慮を導入することは、刑罰の賦科に予防的な効果があるということになる。しかし、ある犯罪者を処罰することにより一般予防効果を追求するのであれば、その表現の点ではオブラートに包むことができても、その実質は見せしめでしかないし、人間を客体化・手段化することになるのである。たしかに刑罰法規は一定の社会的に有害な事態の発生を抑止する動機をもって制定されている。しかしながら、そのような行為規制は行為規範によってなされているとみるべきである。刑罰法規は、一方では裁判官の判断基準として裁判官を拘束するが、他方で一般市民に対してその行動準則⁽⁸⁶⁾を提示しているといえる。この行動準則は行為状況により具体化され、それが適法行為への動機となりえたにもかかわらず、それにしたがわず、法益侵害へと動機づけてしまったことが責任として把握されるのである。この意味で、責任は意思形成の自由⁽⁸⁷⁾を前提にし、個々の人間の自律を前提にするものである。このように行為規範を考慮しても、ただちにこれを違法性において考慮すべき必然はない。行為者はその実現した違法内容について責任を負うのであって、何について責任を負わせるべきかということと行為規範を考慮することとは問題の次元が異なる。⁽⁸⁸⁾

4 早すぎた構成要件の実現の場合、たとえ客観的には行為と結果との因果関係ないし客観的帰属が肯定されても、行為者が結果発生にいたった危険を認識していない場合には、発生した結果についての故意が阻却されると解すべきである。これは以下の根拠に基づく。

まず、行為規範との関係でいえば、規範による動機づけの可能性は、行為者の行為の開始だけを問題とするのではない。行為の発展段階に応じて動態的にとらえられるべきである。⁽⁸⁹⁾ 予備段階から未遂段階をへて既遂へといたる過程において、結果回避のために規範が動機づける内容は異なるのである。未遂犯として評価されるべき危険は認識して

いるが、まだその行為を中止するだけで既遂を阻止できる場合には、当該行為の中止を動機づけるが、すでに既遂発生に十分な危険を実現したときは、既遂結果発生阻止する行為を動機づけるのである。裏返しの問題からみると、既遂結果にいたるいずれかの段階で、規範による動機づけに応え、結果回避へと自己の行為を動機づけたときは、責任非難が減少ないし消滅するといえるのである。それゆえ、中止未遂の法的性格として責任減少を考慮する場合⁽⁹⁰⁾には、すでにこのような動態的な視点が内在しているといえる。したがって、既遂犯として十分な責任非難が可能といふためには、行為者が既遂結果発生にいたった危険を認識している必要があるといふべきである。

このことは責任の基礎としての責任能力において、弁識能力だけでなく行為制御能力をも要求していることから説明可能である。⁽⁹²⁾ 規範は行為者にたえずその行為をコントロールしてその阻止を期待するのであり、行為制御との関連においても故意の内容をとらえる必要がある。⁽⁹³⁾ この点でも、具体的な行為態様の内包する危険の認識によって行為を制御しえたかどうかが重要となってくるといえる。自己の行為のもつ危険内容を完全に理解していない行為者には、具体的な結果回避行為の契機を認めることはできない。このような意味で、自己の行為の実現する危険の認識も当該犯罪の行為の「意味の認識」⁽⁹⁴⁾ として必要なのである。そのかぎりでは、故意は結果実現にいたった危険を設定した行為のときに存在しなければならず、かつ、故意の内容となっていた危険が結果に実現されていなければならない。⁽⁹⁵⁾

なお、このような立場に対しては、未遂故意と既遂故意の区別を認めるものであり、既遂と未遂が客観的な要素によって区別する現行法に反するとの批判があるが、これは犯罪が違法と責任からなることを無視するものである。実現した違法に対応する責任があつてはじめて犯罪が成立するのである。早すぎた構成要件の実現は、行為者の事実認識と現に生じた事実とが一致しない事実の錯誤であり、この場合、発生した事実（既遂結果）についての故意犯の成否だけでなく、認識事実についての未遂犯の成否も検討しなければならない。そして、認識事実について客観的に未

遂処罰に適合する危険の実現が肯定される場合、未遂犯の成立を肯定してよいのである。⁽⁹⁶⁾

第五節 結びにかえて

以上、故意既遂に関する処罰根拠を基礎に早すぎた構成要件の実現の問題を検討してきたが、行為者の認識した危険が行為に表明され、客観的に結果へと実現することが故意既遂の処罰のために必要であるといえる。したがって、行為者が認識しなかった危険により結果が実現した場合には、結果についての故意を認めることはできない。

具体的には、毒入り牛乳事例では、妻は牛乳を保管していたのであるから、それにより夫が死にいたるという危険は認識していない。また、現に夫が牛乳を飲むということも認識していないのであるから、未遂犯の成立を認めうる危険の惹起をも認識していないのである。したがって、客観的には、保管行為と夫の死との間に因果関係ないし客観的帰属が肯定されるとしても、既遂も未遂も成立しない。殺人予備と、保管行為に過失があれば、過失致死が成立するにとどまる。

ベランダ墜死事件では、行為者の掴まえる行為と被害者の死との因果関係は肯定されるものの、行為者は掴まえようとしているのであり、そのかぎりでは墜落死の危険を低減させる行為をおこなっており、そのような事実を認識しているだけである。少なくとも、墜死の危険を認識しておこなっていないかぎり、死についての故意を認めることはできない。また、同様の理由で、未遂の認識もないといえる。掴まえる行為が有形力の行使であって、その認識はあるといえるので、傷害致死は認めることが可能であろう。

ラゲッジルーム事件でも、行為者が被害者を抗拒不能にする行為の段階で、その行為自体に死の結果実現の可能性を認識しているかどうかが問題である。それがない以上は、既遂は成立しない。これに対して、列車転落事件の場合

は事情が異なる。スパナによる殴打行為について、行為者がスパナの形状・重さ、殴打の強度などから意識の喪失の程度の危険しないと判断している場合には、既遂とすることはできないであろう。それでも、この事案では、意識喪失後すぐに列車から放り出しているのであり、意識喪失させる行為については殺人の未遂の危険は実現されうるといえる。それゆえ、未遂犯の成立は可能である。これに対して、行為者が種々の事情からスパナによる殴打について死の危険の内在することを認識しているときは、既遂犯が成立するといえるであろう。

なお、すでに述べたところから推測されうるが、以上のような理解からは、実行行為途中での責任能力の喪失ないし低減の問題も、同時的コントロールが欠如するため、同様の帰結にいたりうる。しかし、原因において自由な行為の問題も絡むため、詳細な検討は別稿にゆずる。

(1) 町野朔「法定的符合説(1)——故意の個数——」平野龍一・松尾浩也編『刑法判例百選Ⅰ総論』(第二版・一九八四年)一一一頁。

(2) Vgl. C. Roxin, Strafrecht, AT, 3. Aufl., Teilband I, 1997, § 12 Rdn. 170ff

(3) 東京高判平成一三年二月二〇日判時一七五六号一六二頁。以下、「ベランダ墜死事件」と呼ぶ。

(4) BGH NJW 2002, 1057. 以下、「ラゲッジルーム事件」と呼ぶ。Vgl. K. Marxen, Kofferraum-Fall, FAMOS März 2002, <http://www.rewi.hu-berlin.de/jura/ls/mxn/Famos/fall_content.html>.

(5) 千葉地裁平成一二年九月二〇日判決(判時一七五六号一六五頁以下)。

(6) この点に関しては、石井徹哉「殺人罪における実行行為と因果関係の逸脱」現代刑事法四卷一〇号八九頁以下。そのほか、本判決に関するものとして、高橋則夫「実行行為と故意の存在時期」現代刑事法三三三三号(二〇〇一年)一〇三頁以下、塩谷毅「殺人の実行行為と早すぎた構成要件の実現」判例セレクト'01(二〇〇二年)二六頁、松原久利「殺人の実行行為後、逃亡する被害者をガス中毒死させる意図で掴みかかる行為によって結果が生じた場合と殺人既遂罪の成否」受験新報六一一号(二〇〇二年)一九頁、岡野光雄「実行行為後の行為による結果の発生」『平成一三年度重要判例解説』ジュリスト一二三四号(二〇〇

〇二年）一四九頁がある。

(7) 大山弘「行為者自身の第二行為の介在」法学セミナー五六五号（二〇〇二年）一〇九頁は、「本件被告人の被害者に対する行為は、自然的観察によれば二つである」とする。また、塩谷・前掲注6・二六頁は、本判決が全体を一連の行為としてとらえていることに対して、「殺意としての継続性や行為の時間的近接性などの理由で自然的に見て二つの行為を一個の行為と見るこ」とができるかは疑問が残る」とする。

(8) 高橋・前掲注6・一〇四頁は、実行行為性は、一定の行為に対して構成要件の評価（違法評価）をおこなうことによって獲得されるとし、一定の行為は、社会的行為論によれば、社会的に意味のある行為であるとする。

(9) 川口浩一「行為概念の説明機能」奈良法学会雑誌九卷一号四三頁以下、特に四八頁以下。故意における意味の認識に関連して、石井徹哉「故意責任の構造について——『素人領域における平行評価』と違法性の意識——」早稲田法学会誌三八卷（一九八八年）。一個の行為について自然的観察・社会的見解により判断すべきとした最大判昭和四九年五月二九日刑集二八卷四号一一四頁を实践することは困難であり、結局、構成要件に該当する行為を比較することにいたらざるをえない。

(10) G. Jakobs, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, S. 12.

(11) この点については、川口・前掲注9・五〇頁以下参照。高橋則夫「犯罪論における同時存在原則とその例外」佐々木史朗先生喜寿祝賀『刑事法の理論と実践』（二〇〇二年）六二頁以下、同・前掲注6・一〇四頁はその点で妥当でない。

(12) 名古屋地判昭和四四年六月二五日判時五八九号九五頁

(13) 最決昭和四五年七月二八日刑集二四卷七卷五八五頁

(14) 最判昭和三三年四月一七日刑集二卷四号三九九頁など。

(15) 大判昭和九年一〇月一九日刑集一三卷一四七三頁、最決昭和四〇年三月九日刑集一九卷二号六九頁。

(16) 岡野・前掲注1・一五〇頁。松原・前掲注1・一九頁も同旨。

(17) 窃盗（おそらくその延長線上にある強盗）における物色行為との対比から、強姦に関する実行の着手の判例を肯定する見解（山口厚『刑法総論』（二〇〇一年）二三五頁）もあるが、それは暴行・脅迫行為を手段とする強姦罪の構造（暴行・脅迫による性的な意思決定の自由の侵害）をないがしろにするものである。

(18) 大阪地判昭和四四年一月六日判タ二四七号三三二頁。

- (19) 前田雅英『刑法講義総論』（第三版・二〇〇一年）三二六頁。おそらく、大谷實『新版刑法講義総論』（二〇〇〇年）一七八頁も同旨。さらに、山中敬一『刑法総論Ⅰ』（二〇〇〇年）三四二頁以下参照。山中教授は「客観的な行為態様と方法も類似して」いうことも必要だとされる。ただし、山中教授は因果関係の認識は必要だとの立場であろう。
- (20) 判例における実行の着手の理解はすでにそのような傾向を示しているといえよう。
- (21) 山口厚『問題探究刑法総論』（一九九八年）一四一頁以下は、早すぎた構成要件実現の問題の解決の糸口は、第一行為のときに行為者が有していた認識・予見内容が故意となしうるものであるか、にあるとする。
- (22) 西村秀二『「早まった結果惹起」について』富大経済論集四六巻二号（二〇〇〇年）一一九頁以下に詳しい紹介がある。
- (23) RG DStR 1939, 177.
- (24) BGH GA1955, 123.
- (25) R. Maurach/H. Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I, 8. Aufl., 1992, S. 331; Rudolphi, Systematische Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. I, 8. Aufl., 2000, § 16 Rdn. 34; H. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 75; Roxin, a. a. O. (Anm. 2), § 12 Rdn. 170.
- (26) BGHSt 7, 329.
- (27) 岡野光雄「故意と『因果関係の錯誤』」研修六〇五号三頁以下、同『刑法要説総論』（二〇〇二年）二二二頁以下。さらには、因果関係不要論を主張された滝川幸辰『犯罪論序説』もそうであろう。
- (28) BGH NJW 2002, 1057 = NSStZ 2002, 309.
- (29) 判例の扱一的認定に関する点については、vgl. K. Gaede, Mord ohne Leiche? Koinzidenz, unmittelbares Ansetzen zum Versuch und die Ausschaltung der Verteidigungsmöglichkeiten des Opfer-BGH, NJW 2002, 1057, JuS 2002, S. 1058.
- (30) BGHS NSStZ 1997, 83.
- (31) BGHSt 40, 257, 268.
- (32) BGH NJW 2002, 1057 (1058).
- (33) Gaede, a. a. O. (Anm. 29), S. 1059.
- (34) 町野朔『犯罪論の展開Ⅰ』（一九八九年）一九七頁参照。

- (35) C. Jäger, Anmerkung zum BGH NJW 2002, 1057, JR 2002, 383, 384. なお、堀内捷三『刑法総論』（二〇〇〇年）一一二頁参照。
- (36) ドイツの判例・学説の状況については、塩見淳「実行の着手について(二)」法学論叢二二一卷四号（一九八七年）二二頁以下、同「実行の着手について(三)」法学論叢二二一卷六号（一九八七年）二二頁以下。
- (37) A. Schönke/H. Schröder/A. Eser, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl., 2001, § 22 Rdn. 40ff.; Wessels/Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 30. Aufl., 2002, Rdn. 601.
- (38) Jäger, a. a. O. (Anm. 35), S. 384.
- (39) Zum Beispiel, Schönke/Schröder/Eser, a. a. O. (Anm. 37), § 22 Rdn. 42; R. Zaacyk, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989, SS. 306f.
- (40) Vgl. Gaede, a. a. O. (Anm. 29), S. 1061.
- (41) Jäger, a. a. O. (Anm. 35), 384.
- (42) 最決昭和四五年七月二八日刑集二四卷七号五八五頁。
- (43) 野村稔『未遂犯の研究』（一九八四年）三〇二頁。
- (44) 木村栄作「強姦罪の実行の着手」警察学論集二三卷一一号（一九七〇年）一六一頁以下。さらに、このドイツの事案に類似した名古屋地判昭和四四年六月二五日判時五八九号九五頁の事案についても、最初の段階で実行の着手を肯定する。
- (45) C. Roxin, Tatentschluss und Anfang der Ausführung beim Versuch, Jus 1979, 4ff.; G. Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1992, 25/66ff.
- (46) Vgl. Vogler, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 10. Aufl., 19, § 22 Rdn. 23ff., 58ff.
- (47) ただし、故意の内容を概括的に理解するときは、故意既遂か過失犯かの二者択一しかありえないこととなる。
- (48) I. Puppe, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der rechtsprechung, Bd. I, 2002, § 19 Rdn. 9. プップは、客観的帰属論によれば、因果経過の相当性による故意阻却の判断は余分なものであるとする。また、ロクシンは、予測可能性の範囲の外で進行する因果経過の場合、すでに客観的に結果の帰属が可能ではないとし、逸脱が本質的か、非本質的かという判断は、評価の問題であって、行為者の頭のなかの意識形態と何ら関係はないとする。Vgl. Roxin, a. a. O. (Anm. 2), § 12 Rdn. 142.

- (49) 鈴木左斗志「方法の錯誤について——故意犯における主観的結果帰責の構造——」金沢法学三七卷一号（一九九五年）一三二頁以下は、比較法的研究について、たんに主観的要件についての判例・学説の紹介だけでは不十分であって、因果関係論・未遂犯論における状況をも含めた犯罪論体系のなかで、問題にアプローチすべきことを説く。これは、比較法的研究にとどまるものではないであろう。げんに鈴木教授は、同論文で、構成要件、実行行為あるいは因果関係などまで射程を広げて、方法の錯誤の問題を考察している。さらに、浅田和茂「因果関係の錯誤」香川達夫博士古稀祝賀『刑事法学の課題と展望』（一九九六年）二八一頁以下における検討も、因果関係論や実行行為論を基礎に因果関係の錯誤の問題を考察する。
- (50) 高橋・前掲注6・一〇五頁以下。さらにいえば、論者は、客観的な帰属と有責性とは区別された故意への帰属を考えるべきだとするが、これが行為規範性としての違法性および非難可能性としての有責性のいずれとも無関係になしうるとするなら、故意犯と過失犯の処罰の実態はなんなのかが問題となる。
- (51) 堀内・前掲注35・一一三頁、前田・前掲注19・三二六頁、山中・前掲注19・三四二頁。
- (52) 山中・前掲注19・三四二頁。
- (53) 山中敬一『刑法総論Ⅰ』（一九九九年）一五頁以下、同「犯罪論の規範構造」産大法学三四卷三号（二〇〇〇年）三八五頁以下。
- (54) 高橋・前掲注11・五四頁は、行為規範違反行為のもつ危険を抽象的危険であるとするが、同様の立場といってよい。結果犯において、抽象的危険の存在をもって、行為無価値ありとし、実質的違法性を認めるのであれば、その行為無価値の内容はきわめて空虚なものであり、処罰を基礎づけるものではない。
- (55) 現に山中教授は、潜在の実行行為を事前判断による危険行為と解すべきとされ、行為者の主観的状況に依存する行為の危険性判断とされる（山中・前掲注19・三三五頁）。しかし、まさに潜在的なものであって処罰の基礎づけとは無関係とされる。処罰の基礎づけと無関係のものが処罰の要件を画する点が多きに問題である。
- (56) 前田・前掲注19・三二六頁。
- (57) なお、浅田・前掲注49・二八七頁以下も、故意には実行行為性の認識でたりるとして、因果関係の認識を不要とする考えであるが、実行行為概念を罪刑法定主義の観点から、文言による形式的限定を付している。そのため、条文の文言、具体的には一般的生活危険により実行行為性が規定されるので、毒入り牛乳の事例では、実行行為が否定されることになろう。しかし、

処罰を基礎づけるからこそ処罰を限定でき、明確な基準を提示できるのであって、実質的な処罰の基礎づけの原理に担われていない罪刑法定主義による制約は、恣意的判断の余地をもたらしただけである。

(58) 鈴木・前掲注49・九三頁以下は、これを形式論理であるとする。

(59) Vgl., Puppe, a. a. O. (Anm. 48), § 19 Rdn. 11; dies, Vorsatz und Zurechnung, 1992, S. 35ff.

(60) Puppe, a. a. O. (Anm. 48), § 20 Rdn. 9.

(61) 学説の詳細については、西村・前掲注22・一三〇頁以下。

(62) 山中・前期注19・二四二頁参照。

(63) J. Wolter, Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld? Zugleich ein Beitrag zum Strafgrund der Vollendung, in: Festschrift für K. Leferenz, 1983, S. 563f.

(64) 西村・前掲注22・一三二頁以下は、ヴォルターの見解について、因果関係の起算点を実行未遂行為へと遅らせるものであると批判するが、これは妥当でない。ここでは、客観的帰属を前提にしたうえでの故意への帰属（主観的帰属）が問題とされているからである。

(65) W. Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 603, 623; R. D. Herzberg, Aberratio ictus und abweichender Tatverlauf, in: \ZStW 85 (1973), S. 883; J. Hruschka, Die Herbeiführung eines Erfolges durch einen von zwei Akten bei eindeutigen und bei mehrdeutigen Tatsachenfeststellung, in: JuS 1982, S. 317ff.; Jakobs, a. a. O. (Anm. 45), Abs. 8 Rdn. 76. などがある。

(66) Armin Kaufmann, Objektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt? in: Festschrift für H.-H. Jescheck, 1985, S. 264 Anm. 28.

(67) 増田豊「志向的故意帰属と因果経過の齟齬(II)——サールの志向性論に関連して——」法律論叢七〇巻五・六号（一九九八年）一〇三頁。

(68) 野村・前掲注43・四五三頁。もっとも、このように理解することはあらゆる犯罪が義務犯となってしまう。

(69) ヴォルターが既遂処罰の根拠を保護された法益に対する危険な適正のある、かつ、特に強度の（終了した）攻撃（未遂）であるとする（Wolter, a. a. O. (Anm. 63)）が、これは終了未遂の処罰根拠を説明するにすぎない。西村・前掲注22・一三七頁も同様の批判が妥当する。

- (70) そのかぎりにおいて、行為規範違反を違法の実質としてとらえるのであれば、一元的人的不法論に理論的一貫性を認めることができる。一元的人的不法論については、増田豊「現代ドイツ刑法における人格的不法論の展開Ⅰ——特に犯罪論における結果の体系的地位と機能について——」明治大学大学院紀要一二集(1)法学編(一九七四年)一三六頁以下、同「刑法規範の論理構造と犯罪論の体系」法律論叢四九巻五号(一九七七年)一〇九頁以下など参照。
- (71) 井田良「結果無価値と行為無価値」現代刑事法一号(一九九九年)八七頁。
- (72) 行為規範違反を違法性の実質ととらえる立場に対する批判として、松原芳博「犯罪結果と刑法規範」『三原憲三先生古稀祝賀論文集』(二〇〇二年)三三二頁以下が秀逸である。
- (73) 鈴木・前掲注49・九三頁以下参照。
- (74) 吉岡一男『刑罰制度の基本理念を求めて』(一九八四年)一〇七頁以下参照。
- (75) G. Jakobs, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und »alteuropäischem« Prinzipipendenken, in: ZStW 107, S. 844ff.
- (76) この点で、現実的な被害の回復を問題とする損害回復(Wiedergutmachung)とは異なる。
- (77) 未遂犯に關してであるが、齋野彦弥「危険概念の認識論的構造——実行の着手時期の問題を契機として——」内藤謙先生古稀祝賀『刑事法学の現代的状況』(一九九四年)七八頁以下。
- (78) 山口厚『問題探究刑法総論』(一九九八年)一四二頁、同・前掲注17・一九四頁。さらに、結果を実現する意思のない行為から結果が発生したとしても故意犯を認めることはできないとして、実行の着手の前後により予備ないし未遂犯の成立を認める見解(町野・前掲注22・二四八頁以下)もある。結果の発生を帰責するには、それを最終的に実現する行為をする意思が必要であるというのがその理由である(同書・二〇八頁)。
- (79) 齋野彦弥「徹底して具体化された故意の概念と故意の認定について」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集 上巻』(一九九八年)三〇五頁。
- (80) 鈴木・前掲注49・一三五頁。なお、因果関係の錯誤に關してはすでに、同「因果関係の錯誤について」本郷法政紀要一号(一九三年)二二二頁以下において同様の立場が提示されている。
- (81) 鈴木・前掲注49・一六〇頁以下。
- (82) 西田典之「共犯の錯誤について」『団藤重光博士古稀祝賀論文集第二巻』(一九八五年)九五頁。

- (83) 鈴木・前掲注49・一六四頁。
- (84) 近時有力に主張されている責任の二元的構成の根本的問題点はここにある。責任の二元的構成については、高山佳奈子『故意と違法性の意識』（一九九九年）五三頁以下参照。
- (85) これはたんに一般予防的考慮を責任に導入する立場だけでなく、犯罪論を行為規範を中心に構築する場合に、行為規範による具体的な抑止効果を追求する立場についても妥当する。予防効果を犯罪成立要件において考慮する見解は、その効果を実証する責務があるというべきである。
- (86) 石井徹哉「故意責任の構造について——『素人領域における平行評価』と違法性の意識——」早稲田法学会誌三八卷（一九八八年）二八頁以下参照。
- (87) 意思の自由については、ここでは詳論できないが、増田豊「意志自由問題への神経哲学的ストラテジー——自由意志の自然化と社会構成——」法律論叢七四卷六号（二〇〇二年）一頁以下が有益である。少なくともわが国においてみられる朴訥とした自然主義、科学主義に基づく（やわらかな）決定論は、責任概念との関係において再検討されるべきであろう。
- (88) 他方で、客観的評価規範論にも問題がある。この立場では、決定規範は評価規範を前提にするというが、評価規範の作用が事後的である以上、それを前提にした決定機能は事後的になされるべきでないと一貫しない。事後的に違法な結果惹起があった以上、それは回避すべきであったとして非難可能性を認めなければならない。しかし、そのような結果責任は通常否定されるであろう。ということとは、客観的評価規範論における決定規範は、評価規範と連動したのではなく、決定規範は独自にその決定のための評価を前提にしているといえる。その意味では、法規範の二面性として評価規範と決定規範を持ち出すことは、論理的に破綻している。したがって、評価規範論をあえて主張するのは、刑事的介入の正当化を基礎づけるためだけではない。この点について、客観的評価規範論を支持する立場からではあるが、松原・前掲注72・三二九頁以下参照。
- (89) 野村稔「実行着手後における心神喪失・耗弱——責任能力による同時的コントロールの必要性——」研修五八七号（一九九七年）三頁以下。
- (90) もっとも、中止犯が未遂についてのみ認められることからすれば、既遂には中止の効果を認めないとの法政策的判断があることは否定できない。
- (91) ここでは行為者がどのような危険を認識していたのが問題である。

- (92) 実行の着手の段階で責任能力があればたりとする見解（中森喜彦「実行開始後の責任能力の低下」『中山研一先生古希祝賀論文集 第三巻 刑法の理論』（一九九七年）二二九頁以下）もあるが、実行の着手によって規範違反があるので十分とすることになる。しかし、実行の着手段階ではまだ既遂にとって十分な危険が実現されていない場合もあるのであるから、その規範違反の内容は実質的な危険により担保されていない空虚なものであるか、形式的違法論を前提にすることになる。
- (93) 行為の同時的コントロールが重要であるとするのは、団藤重光「みずから招いた精神障害」植松正先生還暦祝賀『刑法と科学・法律編』（一九七一年）二二七頁以下、浅田和茂「実行行為開始後の心神喪失・耗弱について」『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集 第二巻』（二〇〇〇年）三八九頁以下など。
- (94) 行為と責任の同時存在の原則は、故意も責任の問題であるとする以上、当然故意にもおよぶし、その根拠は本文で述べたことによる。
- (95) 宮川基「条件付故意について（二・完）」法学六三巻四号（一九九九年）五五〇頁以下は、意思実現の程度の問題という視点で、早すぎた構成要件の実現の問題にアプローチする。しかし、問題は、故意による行為の同時的コントロールであり、行為前の行為者の計画や予定はそもそも規範的評価の対象とはならない。
- (96) これは通常不能犯論とリンクする問題である。
- (97) 因果関係の錯誤において、既遂犯の成立を否定しながらも、未遂犯を認めるのは、既遂の故意と未遂の故意を区別するものであるとの批判がある。しかし、瞬間的な静態的な認識が故意であるとするならともかく、事態の変化に応じた具体的内容を故意において問題とせざるをえない以上、法的評価としては特定の犯罪の故意であっても、その中身は多様なものとなる。